

新型契约 与消费者保护法

杨淑文 著

中国政法大学出版社

新型契约与消费者保护法

杨淑文 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

新型契约与消费者保护法/杨淑文著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2002.6

ISBN 7-5620-2236-4

I. 新… II. 杨… III. ①契约法-法的理论-中国 ②消费者权益保护法-法的理论-中国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 046323 号

- 书 名 新型契约与消费者保护法
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 880 × 1230 1/32
印 张 10
字 数 170 千字
版 本 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2236-4/D·2196
定 价 22.00 元
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>
☆ ☆ ☆ ☆ ☆
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

作者简介

杨淑文

台湾省高雄县人

一九五七年生

台大法律系、法研所毕业

德国法兰克福大学法学博士

曾任经济部法规会专员、律师

现职政治大学法律系副教授

序

“现行民法”于第三百四十五条以下就有名、典型契约设有规定。惟当事人本于契约自由原则，亦得基于实际需要，就不同于传统契约类型之新型交易创设彼此间之权利义务。交易预售屋、使用信用卡、融资租赁、保全等等新型契约之出现与盛行，即为适例。此种新型契约之权利义务内容，大都由企业经营者挟其强势之经济地位，预先以定型化约款为之。面对类此新型契约，如何一方面维护契约自由原则，他方面规范定型化约款之效力，俾维护交易双方之正当权益，实为现代契约法之重大课题。本书尝试阐述预售屋、信用卡、融资租赁、保全等新型契约之法律性质与定型化约款之效力等相关问题，期能抛砖引玉，提供解决途径之参考。惟其中论点，必有谬误，尚祈法学先进不吝指正。

著者自进入法律系求学后，受到翁院长岳生及王法官泽鉴在学业与生活各方面不间断的关怀与照料，师恩浩瀚，不敢一日或忘。两位恩师对于真理与正义的追

求与执著，实为我辈后学之典范。

身为女性，著者时常彷徨于家事杂务与教学研究之间而难以兼顾。外子森林亦投注心力于教学研究，二人同行，有甘有苦。所幸幼女渐长，行有余力得以学文。希望日后研究成果能如繁花日盛。

本书之完成，尚应感谢政大法律系全体同仁的关心指教与保母美菊的支持鼓励。明贤、才芳、瑶敏、馨仪、竹君、雨柔、于人、圣涵、碧茹、政纬等同学热心校对，本书始得付梓，谨致上无限谢意。

先父先母早逝，养育劬劳，无能回报，谨以本书告慰在天之灵。

杨淑文

一九九九年五月

目 录

预售屋交易契约之法律性质及其相关

问题之研究	(1)
壹、前言	(2)
貳、预售屋交易之型态与风险	(3)
叁、预售屋交易契约法律性质之争议	(10)
肆、买卖与承揽之区别	(20)
伍、分析比较	(32)
陆、结论	(47)

信用卡交易之三面法律关系

壹、问题之提出与说明	(50)
貳、发卡机构与特约商店之法律关系	(57)

消费者保护法关于定型化契约规定在实务上

之适用与评析	(90)
壹、前言	(92)
貳、信用卡使用契约	(97)
叁、保证契约	(163)

肆、消费借贷契约	(187)
伍、其他契约类型	(211)
陆、结论	(238)
融资性租赁之法律性质与定型化约款	(241)
壹、融资性租赁之意义、目的及争议问题	(242)
贰、融资性租赁中当事人之权利义务	(250)
叁、融资性租赁之法律性质	(262)
肆、融资性租赁之定型化约款与其效力	(291)
伍、结论	(314)

预售屋交易契约之法律性质 及其相关问题之研究*

目 次

壹、前 言	2. 瑕疵修补义务与同时履行抗辩
贰、预售屋交易之型态与风险	
一、概 说	
二、预售屋交易之型态	四、法定期间
三、预售屋交易之风险	(一) 买卖
(一) 多重复杂之法律关系	(二) 承揽
(二) 委建人欠缺担保	(三) 物之瑕疵担保与不完全给付
(三) 交易标的之不可预见性	
(四) 履行期过长	伍、分析比较
叁、预售屋交易契约法律性质之争议	一、德国法上房屋建造契约之法律性质
一、实务见解	(一) BGHZ 60, 362
(一) 买卖或承揽	(二) BGHZ 63, 96
(二) 预售屋之原始取得人	二、以承揽为预售屋交易契约之类型
二、学说	(一) 从契约文义观之
(一) 折中说	(二) 当事人利益之衡量
(二) 承揽	(三) 消费者保护法第十一条之适用
肆、买卖与承揽之区别	三、委建房屋所有权之原始取得
一、法律规定之意旨	四、房屋委建契约之瑕疵问题
二、承揽人完成一定工作之义务	(一) 实务见解
三、瑕疵修补义务	(二) 分析检讨
(一) 买卖	
(二) 承揽	陆、结 论
1. 民法第四百九十三条规定之意旨	

* 本文发表于政治大学法律学系与台湾比较法学会合办之“预售屋交易研讨会”及政大法学评论一九九七年六月第五十七期。

壹、前言

根据“行政院主计处”之统计资料显示，台北的薪水阶级平均每人须以三十年以上之储蓄，才能买得起三十坪的房子。所以购买预售屋，便成为一般人一圆购屋梦之方法。惟预售屋所伴随的风险：如建商之财力、房屋所有权何时取得、房屋建成后之瑕疵也衍生了无穷的纠纷。

早期所生之纠纷大都为建商无力继续兴建，或建商倒闭，则房屋所有权是否原始归由委建人取得，往往涉及建商之其他债权人可否就房屋主张权利之争议。实务上则以委建契约“名为委建，实为买卖”，买卖与承揽纠结不清，起造人与原始取得人无法划一，委建人权益难以受到法律之保护。

近年来，则因土地成本提高，预售屋衍生之法律纠纷以变更设计、车位、使用面积不符等居多，此时买卖中有关物之瑕疵担保规定是否足以解决当事人之争议，是否符合当事人之利益状况，短期时效之适用是否可行等问题在实务上亦产生了物之瑕疵担保责任与不完全给付是否竞合等民法上重大争议。本文所欲探讨的即为长期以来实务上一直认定预售屋交易或房屋

委建契约为买卖之确定见解，是否符合法律规定之旨旨及当事人之利益状态。在使用面积、建物之瑕疵等问题纷至沓来时，究竟应该迂回排除买卖有关物之瑕疵担保规定之适用，或重新检讨预售屋交易契约之法律性质。

贰、预售屋交易之型态与风险

一、概 说

传统房屋兴建是采取所谓“先建后售”之方式，亦即由建筑商先行取得土地，再于其上兴建房屋，完成后出售与他人。但由于台湾人口在光复后急遽增加，经济又逐渐繁荣，民众亦常有“有土斯有财”之观念，房屋需求量不断增加，而房屋兴建耗时费财，建商往往需要大笔资金以资因应。传统“先建后售”方式逐渐无法满足房屋供需双方的需求，于是“先售后建”之购屋形式应运而生。

房屋预售乃指当事人约定，一方以分期付款方式支付价金，他方于一定期限内将房屋建筑完成，并移转所有权与他方之购屋形式。此种“先售后建”之交易形式，一方面使一般积蓄不多之需屋者可以一圆购屋

梦，一方面也使得建筑业免除巨额资金周转压力，成为各行各业中获利最丰之“火车头工业”。此外，随着经济发展而形成之资金也由于金融市场投资管道之不足，预售房屋之需求者除了自住型者外，亦加上基于保值、投资、投机等因素之投资型购买者。投资型购买者以少许资金向建商订购预售中之房屋，在房屋兴建完成前便可能因投资获利而另行转卖；而建商以承购人之资金兴建房屋，甚而建商亦可向银行办理建筑融资中之兴建房屋放款，以他人之资金来赚取利润，至此房屋预售制度已成为一种类似买空、卖空之“期货交易”型式。^{〔1〕}

二、预售屋交易之型态

房屋预售通常系由建商与需屋者订立所谓之“房屋委建契约”，由建商先行取得兴建房屋所需之基地，并负担在一定期限内完成房屋之兴建，再将已建好之房屋交付并移转房屋、基地所有权之义务；而需屋者即委建人依约须在交屋前预先分期支付部分价金，交屋时再以房屋连同基地向银行办理抵押贷款来支付其余之价金。而兴建房屋所需之土地则可能由建商先行购

〔1〕 林富村著，“预售房屋”，第一一页。李永然，“委建与合理”，第一～五页。

得土地，或与土地所有人以合建方式取得土地使用权利。

预售屋之销售依现行公寓大厦管理条例第四十五条规定：“公寓大厦起造人或建筑业者，非经领得建筑执照，不得办理销售。”即依新制定生效之该条例，禁止建商在取得建造执照前公开销售房屋，因而为兴建房屋而请领之建造执照即须先以建商或合建之土地所有权人为起造人，排除了该条例制定生效前亦可先由需屋者兴建商订立委建契约，并以需屋者直接为房屋起造人之可能。而建商在房屋建造期间，因与承购人订立委建契约，亦可能将起造人名义变更为承购人名义。此外，承购人亦可能将其对预售房屋之权利移转与第三人，而要求建商变更起造人名义。^{〔2〕}

三、预售屋交易之风险

房屋预售制度可说是目前最盛行之房屋交易方式，同时也衍生了无数的纠纷。根据消费者文教基金会之统计资料，该会所受理的申诉案以房屋纠纷为最多，

〔2〕 刘宗荣，“委建及合建房屋产权之归属暨纠纷之防止”，第二页，台大法学论丛第六卷第二期。彭南元，“房屋委建及合建法律关系之研究”，台大硕士论文一九七七年，第一二页。杨与龄，“房屋之买卖委建合建或承揽”，第三九四页。金钦公，“房屋委建、合建、承揽概述”，民事法律专题研究第一期研究专辑，第五九页。

其中大多数即为预售屋交易所产生。而预售屋交易之纠纷实起因于制度本身居多，原因有下列数点：

（一）多重复杂之法律关系

预售屋交易不仅涉及建商与需屋者间之“房屋委建”之法律关系，此外，建商为取得房屋建造之基地，可能须向土地所有权人购买土地或与其订立土地合建契约，与营造商之间就房屋建造所成立之承揽关系，营造商与次承包商（如水电工程、空调等）间之次承揽关系。或者，建商亦可能就预售屋之销售委托广告企划公司处理，或向银行或其他债权人借贷资金以供支付本身之营业费用。而委建人亦可能在房屋建造期间，将该预售之房屋转手出卖与他人。在建商与委建人及其他相对人间之多重法律关系间，任何一法律关系发生债务不履行或其他法律问题（如建商与土地所有权人间之合建关系因任何一方之违约致他方主张解除合建之法律关系），均可能影响建商与需屋者间委建契约之履行，而发生不同之法律纠纷。

（二）委建人欠缺担保

民法上之契约关系以双务契约为原则，且双方当事人之主给付义务原则上具有对价关系，即自己所为之给付其目的乃在取得相对人之给付，在对方未为给付前，自己亦可拒绝给付，此即“民法”第二百六十四条所

规定之同时履行抗辩权。而一般之房屋买卖，买受人在出卖人未为交付标的物或移转标的物所有权前，原则上依“民法”第三百六十九条、第二百六十四条规定得拒绝买卖价金之支付。而在预售屋交易契约，建商通常仅负担在一定期限前（即完工日）完成房屋之建造且交付与委建人之义务，委建人则须在契约订立后交屋前给付一笔为数不少之款项兴建商（即俗称之自备款，通常为总价之三分之一），在交屋前并无依“民法”第三百六十九条及第二百六十四条主张拒绝自己价金给付义务之可能。由此可见，相较于一般买卖契约，预售屋交易中对委建人权益之保护显有不足。

此外，不同于一般主给付义务须同时履行之买卖契约，亦有所谓之“分期付款”买卖（参照“民法”第三百八十九条、“动产担保交易法”第二十六条之附条件买卖）。分期付款或附条件买卖系指出卖人与买受人约定，买受人依“民法”第三百六十九条规定，原应于买卖标的物交付时为之价金给付义务，得于交付后分期履行。此种类型多诸汽车、电器用品，或套书等较大金额之买卖契约。一般买受人可立即享受消费物，又可透过分期付款之方式减轻其负担，系属于出卖人对于买受人融资之契约类型。而买受人无法如期清偿买卖价金之风险往往透过“所有权保留”之约款，使出卖人在买受人不履行其价金给付义务时，可主张

其所有权而立即取回买卖标的物。

反之，房屋预售契约之购买人在房屋交付前即有给付价金之义务，其在给付大笔所谓之“自备款”后，仍无法向建商主张任何权利，则系属于建商向房屋购买人融资之类型。相较于其他融资方式，如分期付款买卖之出卖人可保留标的物所有权、银行贷款与借用人往往要求提供抵押物或保证人以担保其对借用人之返还请求权、融资租赁中融资人可先以买卖方式取得机器设备之所有权，然后再以租赁方式使机器设备之利用人取得机器设备之使用权益，融资人仍可保有机器设备之所有权，委建人提供资金与建商兴建房屋并无任何担保，显见房屋预售之契约类型先天上即对委建人极为不利。

（三）交易标的之不可预见性

房屋预售契约系当事人就未兴建或兴建中之房屋所为之交易行为，建商负有义务于一定期限内，将房屋兴建完成再移转所有权并交付房屋连同基地与委建人。通常情形，契约订立时，委建人得据以为缔约之参考者仅为建商之说明图书或建商所兴建之“样品屋”。至于房屋完成之实际面积、建材之品质、公共设施之有无等等问题，委建人无法事先预期或预见。而这些问题如可居住之面积、有无足够之公共设施，往往是委建人在决定是否缔约时之重大因素。更何况，建商事

后亦可变更设计、增加停车位，致完工时完全不符订约之预期与约定。

（四）履行期过长

一般之买卖契约在契约成立后，出卖人即负有交付买卖标的物及移转所有权之义务。而房屋预售契约中，建商通常与委建人约定自契约订立后几个月内开工，开工之日起几个工作天完工，例如亦有订立为开工日起七百个或九百个工作天者。而工作天之计算则应扣除下雨天、假日、民俗假期等等，故完工时往往已在契约订立后相当时日。在房屋建造期间，建商本身之履行能力容易因外在环境或其他因素发生变化，如建商与土地所有权人就土地合建契约所生纠纷、建商与营造厂或其他次级营造商就房屋建造发生债务不履行之问题、建商无法向银行或其他债权人融资取得充足之资金等等非建商本身所能预料之履行能力之变化。此外，经济景气问题、建材之涨跌，亦可能在契约订立房屋完工前影响预售屋之建竣。

综上所述，显见预售屋交易先天上即存在易滋生法律纠纷之特性。预售屋交易纠纷之解决，首应厘清预售屋交易契约之法律性质，方可决定预售屋交易发生纠纷时所应适用之法律效果。